

A TUTELA DOS DIREITOS EVIDENTES

LUIZ FUX*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário

Tutela da evidência. Generalidades. Noções de direito evidente. A tutela da evidência e o devido processo legal. Fonte normativa da tutela da evidência. Evolução histórico-comparativa da tutela dos direitos evidentes. Efetivação da tutela da evidência. Síntese conclusiva da tutela da evidência.

TUTELA DA EVIDÊNCIA. GENERALIDADES

Modernamente a temática da "efetividade do processo" reclama tratamento diferenciado para o que denominamos "direitos evidentes."¹

A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e

¹ Merece frisar-se de imediato que os julgamentos "*prima facie* evidente" são constantes na *common law*, onde os momentos de criação judicial são mais frutíferos. Isso poderia implicar um aniquilamento *ab ovo* de nossa proposição em face da *civil law* entre nós praticado. Entretanto, as diferenças de outrora, que marcavam uma nítida supremacia científica do sistema da "certeza legal" sobre o da *common law*, hoje não mais se timbram com cores tão vivas. As novas exigências sociais tornaram esses sistemas interpenetrantes de tal maneira que Miguel Reale conclui que ambos "são expressões culturais diversas, que nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de formação romanística" (Noções preliminares de direito, p. 142). Calvosa considerava evidentes os direitos com "macroscópica legitimidade" (Novíssimo digesto italiano, v. 9, p. 317).

certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.²

Destarte, a descompressão de fases do rito ordinário é ditada pela naturalidade das etapas formadoras do convencimento do juiz. Tudo quanto se pratica antes da fase probatória é material antecedente lógico sobre o qual recairá a mesma.³

Observemos o caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa,

² Esse fenômeno da demora na prestação da justiça já se afirmou ser o responsável pela concessão promíscua de liminares satisfativas disfarçadas de "cautelares". O fenômeno não é peculiar ao direito brasileiro, tendo denunciado semelhante postura da prática judiciária com relação aos *provvedimenti d'urgenza* Ferruccio Tommaseo (*Les mesures provisoires*, cit.). Ovídio Baptista considera essas liminares satisfativas disfarçadas como "execução provisória" (Curso, cit., v. 2, p. 36, nota). A verdade é que o resultado prático inúmeras vezes revela definitividade e não provisoriedade. Esse caráter instável pode referir-se à decisão enquanto normativo-judicial, não em relação aos seus efeitos práticos, que são definidos e irreversíveis. Nesses casos, provisória é apenas a decisão e não a execução, porque atinge a sua *causa finalis*.

³ Acerca da inadequação do procedimento ordinário e sua delongada cognição quanto aos direitos "evidentes", referiu-se com precisão Ovídio Baptista, em Curso, cit., v. 3, p. 46-7, nota, advertindo que o procedimento deve adequar-se à "liquidez e certeza" do direito, realçando que, nesses casos, a demora da resposta judicial revela-se injusta e ilegítima. Adverte o renomado autor gaúcho que a idéia remonta a Ihering em *L'esprit du droit romain, que assim doutrinava: "le juge doit uniquement dire le droit (dicere), de là son nom judex, et il le fait en donnant son avis (sententia). Le demandeur au contraire, est celui qui agit (actor); il agit en réalité, car il met la main (manum injicere, conserere, vindicare), selon la diversité des procès, sur des personnes ou sur des choses (agere in personam, in rem). Le juge moderne, au contraire, décide: c'est lui que agit; le demandeur n'agit point, il se plain au juge, il lui demande son secours. Le demandeur romain n'y a nul besoin de secours. Dans tous les cas ou son droit est incontestable il n'y a pas besoin de juge: il procède sur le champ à la justice privée"* (reimpr. francesa, 1886-1888, v. 1, p. 176).

determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias, impondo-se esclarecer que o comando restou cumprido.⁴

O exemplo, que não se tratou de medida cautelar, posto não havia qualquer risco para a utilidade de futuro processo.⁵

O caso, em essência, reclamava uma providência "justa" o sentido de não revelar-se razoável que um jurisdicionado, portador de um direito líquido e certo como o inserido na escritura, tivesse de aguardar as delongas do procedimento ordinário para a definição do seu direito, superando a instância recursal, para após executar a obrigação de fazer com todas as alternativas previstas, com o que, de certo, obteria a realizabilidade prática de sua pretensão após bons longos anos...⁶ De

⁴ Há vários exemplos aqui e alhures em que o procedimento estabelecido para o processo de conhecimento não responde com efetividade aos "novos conflitos sociais". Fritz Baur, na sua obra, tantas vezes citada, indica exemplos de intervenção imediata do magistrado sem antes investigar a situação concreta, como, v.g., a decisão interventiva do juiz na controvérsia gerada entre inquilinos de uma mesma habitação coletiva quanto ao uso comum de instalação ou no litígio em que o locador interrompeu o fluxo de água para o locatário (Tutela jurídica mediante medidas cautelares, cit., p. 32 e 46). Ovídio relembra que nesses casos o magistrado há de romper os modelos tradicionais e intervir com a "mesma dimensão pretoriana da jurisdição romana ..."

⁵ De Mário Dini a inadequação de medida a título de tutela cautelar para direito evidente ao afirmar que: "non sia assimilabile una cautela là dove esista la certezza e non la probabilità del diritto" (I provvedimenti d'urgenza, cit., v. 1, p. 250). Luigi Montesano explica com clareza a diferença entre a cognição sumária "come definitiva pronuncia in merito", segundo o mestre italiano: "queste si distinguono facilmente dalla tutela sommaria cautelari quando il provvedimento che le fornisce è atto ad esprimere — a determinate condizioni, e in specie in seguito alla mancanza o alla invalidità delle 'oposizioni' in vari modi apprestate dalle legge — una definitiva pronuncia in merito. La distinzione è invece meno facile, specialmente in rapporto alle cautele anticipatorie degli ordinari e finali provvedimenti di merito, la dove la tutela sommaria può essere concessa durante l'ordinario giudizio, nel cui corso — o, talvolta nella sola sentenza di merito — può subire revoca o modifica. Ma la difficoltà mi sembra superabile ove si definisca cautelare la tutela concessa per pervenire o ridurre il pregiudizio, ad un diritto la cui esistenza appaia, alio stato, probabile (il cosiddetto *fumus*) e non cautelare quella consentita al giudice in base a risultanze di cause che, se non contrastate da altre ancora non accertate, basteranno ad accogliere in tutto o in parte la domanda: non, dunque, provvedimento anticipatorio di un probabile accoglimento futuro, mas 'accoglimento alio stato degli atti'" (Luci e ombre in leggi e proposte di "tutela differenziate" nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale, 1979, p. 593). Em resumo, a tutela sumária cautelar funda-se na aparência e a tutela sumária satisfativa na "evidência". Essa fusão indesejada de tutelas heterogêneas porém adotadas com certa fungibilidade prática levou Sérgio La China ao estudo cujo título revela a perplexidade gerada por essa utilização fungível da cautela pela satisfatividade urgente: Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?, in *Il processo speciali*, cit., p. 151.

⁶ A tutela do direito evidente pertence ao campo da "justiça", e não estritamente ao campo do direito. A Escola da "norma fundamental" de Kelsen, bem como os neopositivistas, não enxergaram o valor "justiça" como fundamento do direito senão como uma "aspiração emocional". Entretanto, convence-nos a doutrina de Miguel Reale de que a "teoria da justiça" como fundamento do direito nunca alcançou contornos tão vivos e originais como em nosso tempo, sobretudo à medida que vieram adquirindo maior profundidade os estudos de axiologia ou teoria dos valores.

imediatamente, em contrapartida à evidência do direito lesado, demonstrou-se a "injustiça da espera"...⁷

A problemática é tanto mais relevante, posto que o processo hodiernamente encontra-se sob o crivo da "efetividade" dos direitos, que reclama satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma "crise", capaz de ser solucionada com "novos instrumentos", diante desses "novos anseios da coletividade".⁸

Assim como nos primórdios da civilização o anseio popular era o de uma justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da "justiça urgente" em confronto com a "justiça ordinária e ritual".⁹

A hipótese trazida à colação serve ao desígnio de estender aos direitos evidentes o regime jurídico da tutela de urgência segurança, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo, realizador e mandamental, admitindo-se na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante da irreversibilidade gerada pela decisão.¹⁰

A possibilidade de restabelecimento do estado anterior influirá, como evidente, na mensuração de "perdas e danos". Observe-se, por

⁷ Fritz Baur identifica, como uma das causas de proliferação da tutela urgente, provisória segundo a sua ótica, a "injustiça lesiva", fazendo com que se busque essa forma célere de tutela como artifício supletivo do "regramento ordinário" (*Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, p. 17).

⁸ A densidade desta crise no limiar de um novo século foi profetizada por Summer Maine, que já alertava sobre a "rigidez dos esquemas jurídicos em confronto com a evolução dos fatos sociais" (*El derecho antiguo*, 1980, p. 55-6). Na essência, toda essa crise decorre do fato de que a realidade normativa pretendeu revelar-se verdade absoluta, abandonando a essência da doutrina kantiana e a de Descartes de que, ao lado do mundo do "ser" da norma do mundo teórico, há o mundo do "deve ser" do mundo prático, e, enquanto o direito não fundir ambas as experiências, jamais atenderá os reclamos de ser a mais perfeita técnica de adequação do homem na sua vida social.

⁹ A crise decorrente do confronto entre novos direitos e justiça foi desvendada com precisão por Vittorio Denti em *Crisi della giustizia e crisi della società*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, p. 591.

¹⁰ A doutrina do tema considera as liminares antecipatórias como "execução para segurança" ou execução provisória, e, como tal, sujeitas à garantia do risco judiciário a que se referia Jossierand e contemplada pelo art. 588, I, do Código de Processo Civil. A consideração dessas liminares como execução para segurança encontra-se em Pontes de Miranda e Ovídio, dentre outros, em passagens antes citadas.

oportuno, que a evidência do direito exclui categorizar-se a cognição como sumária, porque é próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo o julgamento mesmo de cognição dita exauriente como consectário da falibilidade que caracteriza a humanidade do julgador.¹¹

Mas, em contrapartida, a prontidão ora preconizada se ajusta à moderna exegese do princípio da "justiça adequada", porquanto ao preceito constitucional de que "nenhuma lesão escapará à apreciação judicial" há de corresponder à tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma "lesão". Ademais, a fórmula constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi ditada para "entrar em ação" tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitado o direito evidente, deve incidir a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a lesão seja evidente ou duvidosa.¹²

É o material probatório fornecido com a postulação de "tutela urgente" que vai indicar da "evidência do direito".¹³

Essa forma de tutela distingue-se daquela do *mandamus*, porque não se trata de ato de autoridade apenas, mas também de ato de particular; isto é, não exclui a tutela da evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado.

¹¹ Ademais, a tutela de urgência tem a sua "ética", como se referia Tommaseo, avaliada à luz do sacrifício do provável em detrimento do improvável. Essa eticidade é cumprida por força de "evidência do direito", que é um critério à frente da probabilidade. Ora, a partir da evidência, a ética da jurisdição como um todo sofre o arranhão da espera imotivada, pois, como bem ressalta Ovídio, "o fundamento exclusivo da jurisdição na descoberta dos direitos para realizá-los segundo a lei, desaparece" (Curso, cit., v. 2, p. 108). Assiste razão ao jurista gaúcho, porque o que está evidente não precisa ser descoberto...

¹² Essa visão constitucional não passou despercebida à doutrina à gaúcha de Ovídio e Galeno Lacerda. Ora, se o julgador já tem condições de saber, ao iniciar-se a demanda, que nenhuma contestação séria poderá ser contraposta ao direito líquido e certo, a legitimidade da tutela imediata torna-se um imperativo lógico e até mesmo constitucional (Ovídio, Curso, cit., v. 3, p. 296, nota).

¹³ Neste passo merece aqui lembrar-se a passagem de Calamandrei antes referida: "en un ordenamiento puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser sempre instantânea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habria lugar para las providencias cautelares" (Introducción, cit., p. 44).

A tutela da evidência apresenta semelhanças com o processo monitorio documental, mas dele se afasta porque o deferimento liminar não se altera diante da resposta; isto é: o preceito não vira citação.

Esclareça-se, ainda, sob o prisma procedimental, que a tutela da evidência sugere sumariedade "formal", como pretendem alguns, vale dizer: procedimento comprimido, que pode ordinarizar-se conforme o juízo considere ou não evidente o direito alegado. Assim, pleiteada a tutela da evidência e deferida a liminar antecipatória, o demandado deve ser citado para oferecer a sua defesa, quando, então, será observada a necessidade de prosseguir-se para confirmar o provimento, reverter as coisas ao estado anterior ou fixar-se as perdas e danos. Indeferida a tutela pela falta de evidência, prossegue-se, nos mesmos autos, para a dissipação dessa incerteza com as etapas necessárias ao descobrimento da verdade. Essa mutação procedimental *in itinere* após o indeferimento da liminar é característica de vários processos, bastando recordar-se o modelo europeu e as antigas ações cominatórias, bem como os procedimentos especiais que recaem no rito ordinário após um preâmbulo "especial" como, v.g., o das ações possessórias, etc.

De toda sorte, a liminar, *in casu*, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus bom juris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança.

NOÇÕES DE DIREITO EVIDENTE

O alijamento do procedimento ordinário na persecução dos direitos evidentes implica a fixação do conceito de evidência. Insta assentar, inicialmente, que a evidência não se cinge ao plano objetivo-normativo, por isso que, nesse sentido, todos os direitos são evidentes, na medida em que se exige do legislador ao estabelecer direitos que o faça imune de dúvidas.

O problema se põe no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo para viabilizar a tutela sumária não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irreversível. Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se aduz a direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Essa característica tem natureza mista material e processual.¹⁴ Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.¹⁵

Mutatis mutantis poder-se-ia aplicar à evidência a doutrina da "liquidez e certeza" que informa o mandado de segurança e a execução.¹⁶ Entretanto, impõe-se não olvidar que o processo "trabalha" com a certeza e o verossímil, situando-se a evidência em ambos os planos, com diferença de graus. A busca da certeza absoluta, embora ideal do processo, já restou afirmada como em princípio inalcançável sob o plano

¹⁴ A doutrina não é pacífica quanto à posição "enciclopédica" do denominado "direito líquido e certo". Para Celso Barbi, a categoria pertence ao direito processual, porque "incontestáveis esses direitos", ao passo que Buzaid os inclui no campo do direito material, em *Do mandado de segurança*, cit., ns. 75 e 44. respectivamente. Assente-se, por oportuno, que a autoria da expressão deve-se a Pedro Lessa, que a introduziu no Supremo Tribunal Federal quando da construção da doutrina do *habeas corpus* (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 345). Themístocles Cavalcanti, *Mandado de segurança*, 1957, cita um dos primeiros exemplos de mandado de segurança após a criação legal do instituto onde considerou-se como "líquido e certo" o direito contra o qual não se podem opor motivos ponderáveis e sim meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame (p. 127-8). Alguns exemplos posteriores são citados na não menos festejada obra de Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 1956, p. 89.

¹⁵ A praxe judiciária, diante da evidência do direito acoplado à alegação de urgência nem sempre existente, tutela esses direitos através de "cautelares", imprimindo aquela utilização promíscua tão debatida em doutrina nacional e alienígena. Na essência dessa praxe está a sumarização do procedimento, visando a adequá-lo à evidência. Entretanto, como relembra Dini, "non sia assimilabile una cautela la dove esista la certeza..." (*I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 251).

¹⁶ A qualificação do direito ao *mandamus* como "líquido e certo" é expressão haurida da Constituição de 1946, que operou a mudança da antiga denominação de direito certo e incontestável (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, A nova Lei do Mandado de Segurança, *Revista Forense*, v. 141, p. 124). No que pertine à execução, sabe-se de fonte exemplar que a teoria dos títulos executivos baseia-se no grau de probabilidade de existência do crédito, consubstanciado no documento que é pressuposto de toda execução. Esse grau de probabilidade não é senão a "evidência", que deve ser aplicada não só nos casos de execução, senão em todos, onde o documento confere um grau de probabilidade capaz de autorizar o juízo a prover como se houvesse evidência. Nesse mesmo sentido Proto Pisani em *Appunti sulla tutela sommaria*, in *Il processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., 1979, p. 318.

jusfilosófico, porque os "fatos existem" independentemente da maneira como se lhes expressa a prova dos autos.¹⁷

O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de certeza que não se alcançam nalguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta, como v.g.; a prova da paternidade que até bem pouco tempo era relativa e reclamava outros elementos de secundação. Assim, a legitimação do provimento urgente em prol do direito evidente é algo que se situa entre o "valor limite da certeza" e no piso da "verossimilhança preponderante".¹⁸

Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e é tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em "manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição. A primeira espécie de fato gerador do direito evidente são os

¹⁷ Alessandra Giuliani informa que, desde Aristóteles, afirma-se que a prova é a teoria da evidência através da qual se logra obter um "juízo sólido" (*Il concetto di prova — contributo alla logica giuridica*, 1971). Ovídio Baptista nos informa que o verossímil é a "verdade possível", aquele índice de certeza capaz de ser alcançado pela compreensão humana. Não seria correto contrapor certeza a verossimilhança, como se estas fossem entre si antagônicas. Ao contrário, elas têm a mesma natureza e no processo desempenham idênticas funções apenas diferenciadas uma da outra pelo grau de intensidade e segurança que as respectivas representações do *fato probando* podem criar no espírito do julgador (Curso, cit., v. 3, p. 109).

¹⁸ G. Walter, em *Libre apreciación de la prueba*, indica vários casos em que a perícia médico-legal jamais concluiria com certeza absoluta sobre o nexo de causalidade de certas doenças e o dano apontado como "acidente do trabalho ou acidente motivador de responsabilidade civil" etc. Nesses casos, aponta o monografista da prova que os tribunais alemães equiparavam o "elevado grau de verossimilhança" a um "elevado grau de certeza" (p. 241-2).

denominados *atos notórios*, sobre os quais afirmavam os romanos: *notoria non eget probationem*. Os fatos notórios constituídos de verdades de reconhecimento geral, de cunho científico, histórico, geográfico, são de tal forma propagados que a ninguém é lícito duvidar de sua existência ou inexistência. Em consequência, o direito neles assentado arrasta a mesma evidência como, v.g., um acidente notório causado por obra do Estado, sendo objetiva a responsabilidade da entidade pública, tornando líquido e certo o direito do cidadão lesado à reparação. **Os fatos incontroversos** também militam em prol da evidência do direito, porque sobre eles não houve "intenção" de debatê-los, para nos utilizarmos da expressão específica da ZPO alemã. A **legitimidade manifesta** é a que se verifica em conduta **contra legem**, cuja certeza se afere *prima facie*, como, v.g., a construção que contraria as posturas e com violação da distância mínima entre prédios estabelecida pelo Código Civil. É evidente o direito que se lastreia em questão jurídica insuscetível de contradição. Aliás, o direito não integra o objeto da prova salvo de estrangeiro, local ou consuetudinário. Assim sendo, um direito respaldado na lei e nela residindo a controvérsia acerca do alcance do dispositivo, nenhuma prova restará exigida senão a exegese do juiz quanto ao alcance do direito objetivo. A matéria de direito comporta, assim, julgamento antecipado da lide em estágio mais avançado do que o momento do saneamento. As presunções legais que induzem à evidência são as "absolutas" — *praesumptiones juris et de jure*, em contraposição às "relativas" *praesumptiones juris tantum*. As primeiras, a lei estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário; as segundas têm assentada a verdade sob condição de não advir a prova em contrário. Assim, v.g., é direito evidente do cônjuge mulher adquirir a crédito as coisas necessárias à economia doméstica, porque se opera em favor dela a presunção absoluta de autorização marital, concebendo-se decisão antecipada que imponha a qualquer estabelecimento a venda pretendida.

Presumia-se perdoado o adultério com a coabitação do cônjuge ciente da infração etc. A prova emprestada, isto é, a obtida noutro processo, se coligida com a obediência do *due process of law*, dispensa a repetição de sua produção e seu conteúdo encerra a evidência exigível para a tutela imediata. Assim, v.g., se em perícia anteriormente engendrada verificou-se a autoria dos vazamentos danificadores de propriedade vizinha, lícito ao juiz deferir imediatamente a tutela de fazer, consistente na reparação do dano, com a realização dos consertos necessários. Nada justificaria o aguardo excessivo de uma sentença condenatória para confirmar a responsabilidade que está imanente na prova emprestada.

Impõe-se, ainda, avaliar a força e a influência, na evidência do direito, da questão prejudicial decidida com força de coisa julgada e posta como premissa de outro juízo.¹⁹

A sistemática do processo brasileiro adstringe a coisa julgada material ao pedido e sua respectiva *causa petendi*. Os antecedentes do raciocínio lógico do juiz, dentre os quais a análise da questão prejudicial influente na decisão central, somente ficam cobertos pela coisa julgada quando, supervenientemente e por autorização legal, passe a figurar como questão central, também, gerando um julgamento "cumulativo e sucessivo" da prejudicial antecedente e da principal consequente. A utilização da ação declaratória incidental é o instrumento apto a transformar a análise superficial da prejudicial num julgamento vertical do que nela se contém. A apreciação *incidenter tantum* passa a *principaliter* e a disposição da sentença acerca da questão prejudicial terá a mesma eficácia da resolução da questão inicialmente compreendida no pedido.

¹⁹ A incontrovertibilidade do direito pode ser aferida *a priori* pela possibilidade de sua contestação séria. Recorde-se que o legislador brasileiro, ao categorizar o direito para fins de mandado de segurança, já o qualificou como "certo e incontestável": isto é, uma incontestabilidade verificável antes mesmo do oferecimento de resposta, significando que há uma contestabilidade judicial, que exsurge pela só propositura da ação, e uma contestabilidade material, intimamente ligada ao plano da existência do direito em si. Noticia Ovídio Baptista que o moderno direito francês substituiu o requisito da prejudicialidade das "jurisdiction des référés" pela existência de contestação séria do direito da parte.

Por seu turno, a questão prejudicial de um processo pode ser objeto principal de outra ação. Nesse caso, o julgamento da questão prejudicial como ponto principal de um outro processo adquire uma influência decisiva em todos os outros pedidos que dela decorram, tanto mais que o seu acerto com força de coisa julgada gera uma eficácia vinculativa para os demais juízos onde ela passa figurar como antecedente lógico de outras decisões. E que a coisa julgada torna imutável o seu conteúdo, que adquire "efeito panprocessual", na linguagem do saudoso mestre MACHADO GUIMARÃES. Assim, v.g., se em análise principal um contrato foi declarado nulo num determinado juízo, a parte favorecida por essa declaração pode pedir, como direito evidente noutro juízo, que alguém seja instado a não fazer aquilo que vinha fazendo calcado no contrato declarado inválido. O juízo deste segundo processo terá à sua frente um direito evidente, apto a ser solvido de imediato, sem a necessidade de aguardar-se a longa espera do desate da causa, qualquer que seja o rito, porque a eficácia da coisa julgada prejudicial projeta-se, também, para o futuro.²⁰

Evidente, por fim, é o direito decorrente de decadência ou prescrição verificáveis de plano pelo juiz.

Sob esse ângulo é forçoso reconhecer que o direito brasileiro sempre admitiu a análise do mérito por força da prescrição da ação ou a decadência do direito, mesmo sem as delongas procedimentais. Recorde-se que é lícito ao juiz indeferir a inicial quando "verificadas" a decadência

²⁰ Chiovenda afirmava que "a eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação a processos futuros" (Instituições, cit., v. I, p. 117). Importa, ainda, considerar que a eficácia vinculativa prejudicial da coisa julgada é fruto da criação germânica ínsita na 1ª alínea do § 322 e no § 280 da ZPO. Note-se que a necessidade de propositura da ação declaratória incidental surgiu como solução legislativa para as fundas divergências que pairavam sobre a exegese do art. 287 do Código de Processo Civil de 1939, inspirado que fora no projeto italiano de Carnelutti, que assim dispunha: "la sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza". Calçadas nesse dispositivo, não faltavam vozes a abarcar sob o manto da coisa julgada todos os antecedentes da parte dispositiva da sentença. A esse respeito consulte-se Barbosa Moreira. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, e Machado Guimarães, *Estudos*, cit., p. 21-3.

e a prescrição, conforme o disposto no art. 295, IV, do Código de Processo Civil.²¹

Desta sorte, um eventual direito decorrente da ocorrência desses fatos extintivos do direito e da ação revela-se de maneira tão cristalina que a sua evidência corresponde à possibilidade de provimento imediato.

Assim, v.g., se alguém molesta outrem com base em direito decadente, o *adversus* turbado, pode postular providência imediata cessatória passível de ser atendida de pronto.

A evidência do direito, por seu turno, também sofre a influência do critério consistente no "balanceamento dos interesses em jogo", acrescentando-se da credibilidade pessoal dos litigantes e do caráter de normalidade circunstancial do evento que ampara o pedido de tutela do direito evidente.²²

A cognição judicial da evidência permite não só o deferimento initio litis do provimento requerido como também o seu indeferimento. Assim, o juízo pode indeferir de plano a tutela imediata pela inexistência "evidente" de direito alegado.

Impõe-se timbrar a diferença entre a resolução judicial que afirma inexistir o direito evidente e aquela que declara a inexistência do próprio direito. No primeiro caso o processo mercê do indeferimento

²¹ Calmon de Passos, em seus *Comentários*, perfilha entendimento como o nosso traçado para a evidência, ao afirmar: se há decadência, não há direito, e, por conseguinte, a improcedência da ação é manifesta. Desprovido de justificativa seria deixar prosperar um procedimento de todo inviável (*Comentários*, cit., p. 213).

²² Acerca desses critérios recheados de subjetivismo consulte-se Mauro Cappelletti em *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 1ª parte, p. 251, e Mário Dini, *I provvedimenti d'urgenza*, p. 258. insta acrescentar que o direito líquido e certo autorizativo da tutela da evidência não se abala por eventuais divergências doutrinário-jurisprudenciais que acaso incidam sobre o *thema iudicandum*. É que importa ao tema ora proposto a evidência do fato que se agrega ao direito, aquele que compõe o elo com a lei. O que o juízo pode é, malgrado evidente, entender que não é digno de proteção. No mesmo sentido, Costa Manso, para quem "seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança". Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit., p. 92-3.

prossegue. *Mutatis mutandis* é a técnica utilizada pelo legislador do mandado de segurança, prosseguindo-se na busca da razão jurídica.²³

A tutela da evidência, ora proposta, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todo os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.

A parte demandada é que, se pretender perseverar na sua resistência, deverá instar o juízo ao prosseguimento para obter, conforme o caso, a reversão ao estado anterior ou a condenação do autor em perdas e danos. É o que ocorre, v.g., no despejo liminar, em que a lei não prevê a reocupação mas tão-somente a indenização, sendo certo que a reversão ao imóvel não é solução inadmitida, a despeito de não prevista.

A TUTELA DA EVIDÊNCIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

É imagem estabelecida a de que o processo que não segue o procedimento traçado padece do vício do descompasso com o dogma constitucional do devido processo legal. Em primeiro lugar, insta advertir que o devido processo não é o devido procedimento, pela distinção notória entre essas duas categorias. Destarte, o legislador constitucional ao dispor sobre o devido processo a que se está sujeito antes da perda dos bens da vida, pretendeu explicitar a vedação à "autotutela".

Em segundo lugar, o devido processo é o adequado à luz da situação jurídico-material sujeita à tutela jurisdicional. Assim, a execução é o processo devido diante do título executivo e a cognição ordinária diante da incerteza do direito.

²³ Relembre-se, neste passo, a técnica redacional da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal. Kazuo Watanabe, analisando a cognição no *mandamus*, vislumbra no mesmo sentido que ora engendramos a diferença entre inexistência de direito evidente e inexistência de evidência do direito (*Da cognição no processo civil*, cit., p. 89).

Outrossim, a tutela sumária e rápida é a devida diante da "evidência".

O princípio do devido processo legal tem como um de seus fundamentos a consagração de um processo "justo", assim considerado aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados submetidos à apreciação judicial. Na sua essência, o devido processo legal é informado pela teoria da justiça o que implica o *due process of law* na sua dupla conotação, a saber: lei justa e processo judicial — *substantive due process of law* e *judicial process*.²⁴

O princípio do "devido processo legal" está encartado no "direito ao meio de prestação da jurisdição", que varia conforme a natureza da tutela de que se necessita. O direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada sendo certo que é o quanto basta para que o juiz proveja nos limites da necessidade da causa, inspirado por essa regra *in procedendo* ínsita na própria Constituição Federal.

A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder-dever de judicar nos limites do imperioso. Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida.

A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz.

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige "efetividade", que tem íntima vinculação com a questão

²⁴ Hernando Devis Echandia. El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humana, in *Estudios de derecho procesal*, 1985, p. 171 -2.

temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o "indevido" processo.²⁵

Não nos parece correta a posição dos que impedem essa forma de tutela sob a alegada afronta aos princípios hoje constitucionalizados. O Código de Processo Civil privilegia a evidência ao admitir a possibilidade de antecipação, mediante cognição sumária, utilizando-se dos conceitos de liquidez e certeza do direito, não enfrentado por uma contestação séria, autorizando o juízo ao julgamento pela verossimilhança (art. 273, II).

A crítica que se empreende no sentido de que a tutela satisfativa não pode ser cancelada por mera cognição sumária não procede quanto à tutela da evidência, posto, efetivamente, não ser isso que ocorre *in casu*, evidência do direito propicia "cognição exauriente imediata", a mesma que se empreenderia ao final de um processo onde fossem necessárias etapas de dissipação da incerteza quanto ao direito alegado.

Desta forma, afasta-se eventual alegação de infringência ao devido processo legal, que supõe cognição devida.²⁶

Considere-se, ainda, e por fim, que na origem anglo-saxônica do princípio está previsto o julgamento *prima facie evidence*, operando-se

²⁵ Não obstante os inúmeros pontos de contato entre as nossas afirmações e as do brilhante Marinoni. o autor, após admitir em caso de evidência a cognição exauriente com deferimento de liminar, conclui da inadequação do mesmo, porque sumarizado, em confronto com o devido processo legal (*Efetividade e tutela de urgência*, 1994, p. 44). Atento a essas situações de urgência, as quais equiparamos à de evidência pela busca de um procedimento formalmente sumarizado: a exegese do processo cautelar, no sistema brasileiro atual, há de ser feita "a partir dos pressupostos doutrinários que determinam o atual contexto legislativo, de modo que caibam nele, ao lado das demandas cautelares, um grupo diferenciado de processos sumários, de tipo injuncional, onde a tutela satisfativa seja prestada, sob o manto protetor do processo cautelar, empregando-se a estrutura da tutela de segurança para preencher a lacuna deixada pela inexistência, no direito brasileiro, das inibitórias, pelas quais se atribua ao juiz o poder de sustar uma execução em curso; noutras vezes devido à inexistência de processo de tipo interdita, ou monitorio, emprega-se o mesmo processo cautelar para transformar o processo ordinário em demanda interdita ou em processo injuncional, incluindo-se nele, mais ou menos disfarçadamente, uma liminar satisfativa, com vestes de cautelar, a qual, todavia, em seus efeitos práticos, acaba sendo mesmo uma provisional antecipatória da tutela ordinária" (Ovídio Baptista, *Comentários*, p. 97).

²⁶ Conforme Marinoni. *Efetividade e tutela de urgência*, cit., p. 124.

não só em prol do demandado mas também em prol do autor, para que obtenha rápida justiça.²⁷

FONTE NORMATIVA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

O tempo é fator de denegação de justiça e sob essa ótica deve ser a exegese acerca dos poderes e deveres do juiz quanto à rápida solução dos litígios e quanto ao acesso à justiça na sua aceção de efetividade e de cumprimento do devido processo legal.²⁸

O processo, já se afirmou inúmeras vezes, vive a "era da efetividade",²⁹ e por isso, submete-se a um questionamento de sua eficiência como instrumento de soberania e sucedâneo da vingança privada que visa a dar à parte postulante aquilo que ela obteria caso o ordenamento recebesse o cumprimento espontâneo do *adversus*.

Empreendendo função de tamanha relevância social, exprime-se como um postulado natural à exigência de uma prestação de justiça em prazo razoável que não sacrifique os interesses das partes. A justiça tardia não é justiça, é de negação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais. O acesso à justiça significa não só a disposição de o Estado intervir como também a presteza e a segurança dessa intervenção. Ora, se o particular, caso autorizado, faria justiça incontinenti, o seu substitutivo constitucionalizado deve fazer o mesmo. Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e "adequado processo legal". É

²⁷ Ovídio Baptista. *A plenitude da defesa no processo civil: estudos em homenagem a Frederico Marques*, p. 148 e s.

²⁸ Ada Grinover afirma que o direito ao processo não o é a qualquer ordenação de atos mas ao processo devido, entendido como processo que confere uma tutela efetiva, procedimento adequado à "realidade do direito material" (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, cit., p. 18). No mesmo sentido. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, cit., p. 21.

²⁹ Barbosa Moreira, no seu estudo acerca do tema, aponta a superação do tempo — segundo Canelutti o maior inimigo do processo —, um dos postulados da efetividade, por isso que preconiza: "sem dúvida algum esforço deve e merece ser feito, para atenuar o mal em sede de interpretação das normas que regem o andamento das causas em juízo: sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferir-se o mais favorável à rápida solução dos litígios" (Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, in *Temas*: 3ª série, cit., p. 206).

indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o "devido processo legal" com fases estanques é observá-lo com as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor, que, em regra, motivado por flagrante necessidade de acesso à jurisdição reclama por justiça tão imediata quanto aquela que ele empreenderia não fosse à vedação a autotutela.

O acesso à justiça adequada, através do devido processo, sustenta-se, sob o ângulo legislativo, no dever de o juiz velar e atuar rapidamente pela solução do litígio sem prejuízo do cumprimento do contraditório.³⁰

Ademais, não é desarrazoado invadir o campo do "interesse processual" para verificar que o demandante deve demonstrar esse requisito para obtenção da sentença de mérito, tanto mais que todos os atos postulatórios passam por esse exame antecedente do interesse, cuja inexistência fulmina o processo de inutilidade. Nem o autor deve provocar a função sem motivo nem ela deve ser exercida fora dos limites necessários. Diante desse requisito, a evidência somente reclama a tutela em razão da proibição de autodefesa. Entretanto, esse reclamo da parte não é para que o Estado, superando todas as expectativas temporais, cumpra a sua tarefa tardiamente.

Giuseppe Chiovenda, em célebre passagem, já afirmara que a parte não deveria sofrer qualquer prejuízo, mesmo em decorrência do tempo, pelo fato de ter "procurado a justiça". Ademais, o tão decantado princípio dispositivo pode servir à acepção de que o juiz julga conforme o pedido, e, como não há vedação, a parte pode postular a proteção imediata para os direitos evidentes. O fato de o legislador prever liminares

³⁰ Giuseppe Martinetto, discorrendo sobre o princípio do contraditório, conclui: "si è detto che il principio dei contraddittorio è rispettato anche quando il provvedimento è pronunciato *inaudita altera parte*, purché prima che il provvedimento diventi definitivo, la parte contro cui è emso abbia la possibilita di proporre le sue difese (*Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 461).

expressamente nalguns procedimentos não exclui a mesma possibilidade quanto a outros, quando se tratar de "tutela da "evidência". É que naqueles casos o legislador entendeu de fixar uma presunção legal de evidência do direito, como, v.g., quando a lesão à posse data de menos de ano e dia, e o direito à posse, assim evidenciado e lesado merece proteção imediata. Com isso, o legislador insculpiu norma *in procedendo*, retirando o arbítrio do juiz. Havendo a lesão, nesse prazo, nada recomenda o aguardo do delongado e ritual procedimento ordinário, devendo a tutela engendrar-se e realizar-se de plano. Essa é a moderna visão do acesso à justiça, em consonância com os postulados da efetividade e sem ofensa ao direito de defesa, senão uma concessão necessária para que a justiça possa desempenhar-se com exaço no exercício de seu poder-dever soberano de dar razão a quem tem em prazo razoável.

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-COMPARATIVA DA TUTELA DOS DIREITOS EVIDENTES

A origem da tutela da evidência está indissoluvelmente ligada à nascença dos procedimentos expeditos de satisfação imediata. Nesse campo, nenhuma especulação se inaugura senão sob o signo dos "interditos romanos". Eles serviram de base a todos os procedimentos monitórios injuncionais, e eram utilizados, ainda, em mais de setenta casos.

Os interditos admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, exatamente porque evidenciado o direito do postulante.³¹

³¹ Anota Cuenca que existe "aún desde la epoca remota de las acciones de la ley, un conjunto de procedimientos especiales que se desenvuelven en una instancia, *in iure*, delante del magistrado, quien con conocimiento de causa resuelve él mismo las cuestiones presentadas por las partes, bien unilateral o bilateralmente, mediante ordenes, decretos y otras disposiciones, algunas veces liberando formulas para la investigador) de hechos y otras decidendo la cuestión con carater definitivo, salvo los recursos de apelación".

A luz dessa evidência, os procedimentos "pretórios" permitiam um decretam nas obrigações de fazer e um *interdictum* nas obrigações de não fazer.³²

Acrescente-se, ainda, que a técnica da tutela imediata da evidência, com a possibilidade de perdas e danos posteriores se o resultado não coincidissem com a resposta *initio litis*, era também da sistemática dos interditos, como se observa desta passagem: *"El pretor acuerda el interdicto por el solo hecho de la solicitud, sin averiguar se los hechos acusados son ciertos o no, pues caso de no ser ciertos y de quererlo el demandado, puede este caudir en juicio ordinário mediante la formula correspondiente, a demostrar: o bien que no ejecutó el acto danoso, o bien que su acto se encuentra, dentro del ejercicio de los derechos que legitimamente le corresponden"*.

Mais adiante explicita o autor do processo romano o procedimento interditai: *"la orden se basaba en el supuesto de que los hechos de negativa de restitución, exhibición etc, fueran ciertos; pero la violación a lasincerid de este supuesto implicaba penas de orden pecuniário "*.³³

Essa sistemática expandiu-se pelo direito europeu, como se verifica, v.g., nas disposições de diplomas legais como o Código Civil do Cantão de Zurich (de 1887) no art. 84, que dispunha: *"as mencionadas ações possessórias para proteger ou recuperar a posse devem ser intentadas nos seis meses a partir da turbação ou da evicção e são geralmente julgadas segundo as regras do processo de injunção..."* A evidência do direito, como se mencionou noutra passagem antiquíssima de Windscheid legitima a autotutela, fenômeno ainda verificável no âmbito da tutela da posse. Somente essa manifestação clara de projeção subjetiva do direito material objetivo admitiria tamanha intervenção

³² A doutrina assinala que a denominação de *interdictum* também derivava de ordem entre as partes, em contraposição à ordem geral *edictum*, diferentemente de *inter dito dictum*.

³³ Cuenca. *Proceso civil romano*, cit., p. 331.

privada, como abaixo se aponta, diante da vedação da autotutela em correspondência ao monopólio da jurisdição. Assim, previa o Código Civil suíço de dezembro de 1907, art. 926: *"o possuidor tem o direito de repelir pela força todo o ato de usurpação ou de turbação"*. Interessante a expressão, a respeito, do Código Civil húngaro de julho de 1900, § 517: *"O possuidor pode em sua defesa opor a violência a um ato de autoridade privada ilícita"*, sendo certo que o mesmo direito é conferido ao "detentor" no § 518. De toda sorte, o mesmo diploma dispunha sobre a ação de restabelecimento sumário" para as lesões possessórias.

Notadamente pela sua precisão técnica e pela sua notável influência histórica, apesar de sua revogação desde 1900, é de constante citação o Código prussiano, que dedicou parte de suas disposições a uma regulação singular do fenômeno possessório.

Nesse seguimento, dispôs o referido monumento legislativo, no § 142: *"Pode repelir a violência pela violência, quando a assistência do Estado se produzir mui tardia para prevenir uma perda irreparável"*. Além da defesa lícita privada, previa ainda o Código prussiano a defesa interdital sumária e o processo não sumário para os estados de incerteza.

O BGB alemão, no mesmo esteio, dispõe no art. 859: *"o possuidor pode repelir pela força as vias de fato ilícito"*, concluindo o legislador tedesco que se se tratar de bem móvel pode empreender-se a apreensão, se imóvel a "expulsão". O processo português conhece a ação de esbulho violento, onde a tutela do direito evidente do esbulhado é imediata. França, Itália, Alemanha, Chile, Argentina, Bolívia e Peru adotam também o processo sumário para a tutela urgente.³⁴

No Brasil a tutela da evidência guarda conexão com o direito líquido e certo, por isso que o mandado de segurança é o protótipo do procedimento estabelecido em consonância com o direito material objeto

³⁴ Tito Fulgênio. *Da posse e das ações possessórias*, 1978, p. 316 e s.

do juízo. Para os direitos evidentes, líquidos e certos, mostraram-se ineficientes os procedimentos herdados do direito comum, o que gerou a criação do procedimento específico do decantado Diploma n. 221, de 1894,³⁵ que, entretanto, não logrou êxito na prática judiciária.³⁶

Como não poderia deixar de ser, a frustração da Lei n. 221 conduziu o jurisdicionado à adoção dos interditos, criando-se, em consequência, a doutrina da "posse dos direitos pessoais", sob a orientação do grande Rui Barbosa,³⁷ e, posteriormente, ao uso do *habeas corpus*³⁸ remédios ambos inaptos a conduzir as pretensões que, por isso, eram rechaçadas pelos tribunais.

A restrição do *habeas corpus* na Carta de 1926 foi a responsável pela criação do mandado de segurança na Constituição de 1934,³⁹ com rito tão célere quanto os interditos e com a feição constitucional do *habeas corpus*, figurando, ao lado deste, como garantia

³⁵ A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, previa a ação anulatória dos atos da administração e para esse fim instituía procedimento sumário, com a possibilidade de, a requerimento do autor, suspender o ato administrativo impugnado caso não se opusessem razões de ordem pública. Esse procedimento, posteriormente, foi seguido por alguns Códigos estaduais, como por exemplo os diplomas de Minas Gerais — arts. 902 a 911 —, Bahia, 556 e 557; São Paulo, 491 a 494; e Distrito Federal de 1924, arts. 673 a 681.

³⁶ Castro Nunes. *Do mandado de segurança*, cit., pp. 23 e s., aponta como um dos fatores do insucesso a constante indefinição das causas após a suspensão do ato impugnado.

³⁷ E de sabinça que a doutrina de Rui mereceu apoios expressivos como o de Vicente Ráo, em *Posse de direitos pessoais*, mas foram em maior números os opositores, como, v.g., Ribas, na Consolidação, art. 756; Lafayette, *Direito das coisas*, 1943, v. 1, p. 75, nota 147; Beviláqua, art. 485, *Comentários e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

³⁸ A utilização do *habeas corpus*, como garantia constitucional, não era remédio completo de proteção dos direitos evidentes, por isso que utilizado somente contra a administração pública, mas de toda sorte teve a virtude de descortinar a necessidade de utilização de um remédio jurídico rápido como o *writ* para direitos outros que não só os fundamentais da liberdade de ir e vir.

³⁹ A passagem para essa solução não foi tão rápida assim, como decerto se verifica pelo hiato entre a restrição ao *habeas corpus* e a criação efetiva do *mandamus*. A doutrina indica uma paternidade remota para o *writ* em nível de solução legislativa nacional. Assim é que se atribui a Alberto Torres um projeto de revisão constitucional de 1914 sugerindo um "mandado de garantia" destinado à proteção de direitos individuais, coletivos, públicos e privados lesados por ato do poder público ou de particulares, aplicável quando não houver remédio especial. Impõe-se observar da notável criação, na época em que a mesma foi sinalizada, prevendo-se a tutela de direitos coletivos e a tutela rápida contra "atos de particulares". (Buzaid, *Do mandado de segurança*, Revista Forense, 1964). Posteriormente, Muniz Barreto propunha a criação de instrumento assemelhado ao "juicio de amparo" mexicano, para a proteção dos direitos que extravasavam o âmbito do *habeas corpus*. Themístocles Cavalcanti, *Mandado de segurança*, pp. 335 e s. ainda informa de outros projetos que não se converteram em lei, de autoria de insígnies parlamentares, como o de Afrânio de Melo Franco. Juristas como Francisco Morato e o romanista Matos Peixoto apresentaram, também, as suas notáveis contribuições. Sabe-se, entretanto, que todos esses trabalhos estagnaram-se com a Revolução de 1930, restabelecendo-se em 1934, para dar ensejo à criação constitucional de 1936.

constitucional processual.⁴⁰ A Constituição de 1934 fazia constar a expressão direito "certo e incontestável", e a de 1967, "direito líquido e certo", expressão que se manteve na Carta de 1988 em seu art. 5º, LXIX.

A "narrativa" do direito evidente passou, assim, a ser condição da ação de mandado de segurança e a efetiva existência do direito, requisito de provimento, na acepção das escolas de Chiovenda e Liebman.

Destarte, a incontestabilidade do direito e sua consecutória evidência sugerem a sumarização procedimental encetada pelo legislador. Positivamente não é o ato abusivo da autoridade que enseja o procedimento do *mandamus*, senão a evidência do direito. Direito líquido, como afirmava Castro Nunes, é aquele "escoimado de dúvidas" ou calcado em "fatos incontestáveis", como preferia Costa Manso.⁴¹

Destarte, o direito brasileiro manteve-se, também, fiel à doutrina dos interditos e à sua técnica de proteção do direito evidente. O nosso Código Civil contempla, em confronto com uma "gradação da evidência", a autotutela, a sumariedade da tutela e a ordinariedade diante da incerteza inicial. Essa própria diferença procedimental na tutela possessória denota de uma eleição no direito nacional por uma tutela diferenciada, conforme seja ou não evidente o direito alegado.

É possível mesmo vaticinar que em todas as hipóteses de "autotutela", ainda legitimadas, subjaz uma situação de evidência".

⁴⁰ O art. 113, n. 33, da Constituição de 1934 consagrou o mandado de segurança com o processo do *habeas corpus*, ouvida a autoridade pública e compatível com as ações petitórias correspondentes. Esta última ressalva deveu-se à restrição que continha o Anteprojeto Mangabeira, que previa "processo sumaríssimo para proteção de direito incontestável ameaçado ou violado pelo ato ilegal do poder executivo". O pedido, quando julgado procedente, implicava ordem de não fazer ou de restabelecimento de situação anterior. A Lei n. 191/1936 regulou o *mandamus*, mas o golpe de 1937 excluiu essa garantia do Texto Maior, erigido novamente à eminência constitucional com a Constituição de 1946 — art. 141, § 24. Sem prejuízo de seu despojamento constitucional, o mandado de segurança manteve-se regido pelo Código de Processo Civil de 39 até o advento da Lei n. 1.533/ 51, que revogou o Código, passando a reger o procedimento especial do *mandamus* nas suas linhas fundamentais. Fenômeno comuníssimo no país, o da instabilidade legislativa, essa lei sofreu numerosíssimas inovações, mas não perdeu campo para o novo Código de Processo Civil de 1973, deixou de encampar os procedimentos esparsos como o do *mandamus*.

⁴¹ Quanto às demais controvérsias geradas pelo conceito, sua extensão e categorização, observa-se o tópico da tese "Direito evidente", alcance desse pressuposto.

No mesmo diapasão, os procedimentos satisfativos que prevêm a concessão inicial de "sentença liminar", como o despejo liminar irreversível, a nunciação de obra nova *initio litis*, inclusive com possibilidade de embargo extrajudicial, e os embargos de terceiro contra o "esbulho judicial". Esses casos representam hipóteses em que a evidência é tutelada pela legitimidade da rápida resposta judicial e não pelo só *periculum in mora*, como se costuma justificar esses imperativos jurídico-processuais ínsitos nas concessões liminares. Qual a diferença para a preservação da relação material entre a demora de um processo possessório e a postergação de um crédito documentado em base não executiva, verificando-se que em ambos a parte tem razão inequívoca? Por que só a liminar satisfatória no possessório e não no juízo condenatório?

A resposta está na evidência, ora presumida pela lei, ora observada *ope judicis*.

Aliás, sempre foi assim. As Ordenações, quanto às ações de força nova, admitiam um atuar "sem ordem nem figura de juízo, sem delongas, sem estrépito". No mesmo sentido a Consolidação do Conselheiro Ribas e alguns Códigos estaduais, como, v.g., Rio de Janeiro, Distrito Federal, Maranhão, Bahia. Ceará e Minas Gerais.

O moderno Código continua a prever a ação de força nova, inspirada nos Códigos estrangeiros, sem prejuízo da coexistência da autotutela.

No direito francês, por força do contencioso administrativo, a administração somente responde perante o Judiciário pelos atos de seu domínio privado. A própria administração pública controla os excessos e desvios de poder. Há um remédio jurídico de restauração objetiva da ordem, que é o "recurso por excesso de poder" e o de "restauração do direito subjetivo violado", que se denomina de "recurso de plena

jurisdição". O nosso mandado de segurança tem fontes também nessa sistemática francesa de divisão da jurisdição. Acresce-se ao sistema francês a proliferação dos provimentos de urgência, as *jurisdiction des référés*, permitindo-se a tutela antecipada dos direitos evidentes na quase totalidade de casos.

O direito italiano, de tantas influências no direito brasileiro, tem tratamento diferenciado em sede de garantias contra o poder público, a tal ponto que ao nosso direito líquido e certo contra a administração corresponde o que se denomina de "interesses condicionalmente protegidos" e "interesses ocasionalmente protegidos", os primeiros suprimíveis pela administração em prol do bem comum, como, v.g., a revogação de uma concessão, e os segundos, uma parcela do interesse geral encartada no interesse individual, como, v.g., o interesse manutenção das posturas administrativas da vizinhança em face do uso insalubre pelas indústrias concessionárias de serviço público.⁴²

A existência da jurisdição administrativa na Itália é responsável pela constatação de uma jurisprudência no campo da tutela da evidência, somente contra atos de "particulares", notadamente via "*provvedimenti d'urgenza*". Insta ainda, considerar o processo monitorio italiano e suas fundas raízes romanas, que informaram tanto os sistemas do *civil law* quanto do *common law* da necessidade de instrumentos interditais céleres. A tutela da evidência, a despeito dos remédios específicos, vem recebendo tratamento promíscuo através da prática da urgência, porque ambas as situações tuteláveis, a urgência e a evidência, reclamam sumarização procedimental. No campo da administração pública, várias são as limitações impostas quanto aos provimentos contrários aos interesses da entidade nacional.⁴³

⁴² Pietro Boda. *Giustizia amministrativa*, 1950, pp. 8 e s.

⁴³ A esse respeito as expressivas lições de Agrícola Barbi, em *Mandado de segurança*, 1976, pp. 30-1.

O direito mexicano, através de seu *juicio de amparo*, é considerado precursor da técnica mandamental experimentada por mais de um século antes do surgimento do nosso *writ*, utilizado inicialmente contra quaisquer atos da administração executiva ou judicial, inclusive na prestação da justiça.⁴⁴

A tutela da evidência se expressa através da suspensão do ato a requerimento ou *ex officio*, sempre mediante contracautela, com execução específica e sob pena de prisão. Nesse aspecto da restrição de liberdade impende notar, como dado singular de contrapartida a prisão concessível também contra o litigante que postula o amparo com "deslealdade e má-fé".⁴⁵

A maior criatividade na defesa dos direitos líquidos e certos contra a administração pública encontra-se no direito norte-americano.⁴⁶

Instrumento de tutela rápida dos direitos evidentes contra a administração é o *writ of mandamus*, dirigido à pessoa do funcionário para prática de ato de seu ofício. A singularidade é seu caráter pessoal, tanto que, se o funcionário deixa o cargo, nova ordem deve ser expedida. As *injunctions*, por seu turno, têm por fim proibir ato causador de dano irreparável, calcadas na *equity*. A *injunction ex parte restraining orders*, porque concedida *initio litis* e sem audiência da parte, mais se aproxima da tutela da evidência, por isso que a *injunction temporary* ou *interlocutory* é concedida após a audiência da parte e perdura até a sentença. Após esta, são expedidas as *injunction mandatory* e as *prohibitory*, todas de inegável origem interdital.

⁴⁴ Ignácio Burgoa. *Juicio de amparo*, 1950.

⁴⁵ Burgoa. *Juicio de amparo*, cit., pp. 714-5.

⁴⁶ Curioso observar que Cappelletti desmistificou o separatismo entre o sistema de *common law* e da *civil law*, esmiuçando-lhes as origens "comuns" (*Processo — ideologie e società — il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" — "common law" (appunti storico-comparativi)*).

Interessante tutela da evidência ocorre com os direitos difusos do povo em não verem usurpados, ilegalmente, cargos ou privilégios através do *quo warranto*.⁴⁷

EFETIVAÇÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

A efetivação da tutela da evidência obedece ao regime jurídico aplicável à tutela urgente em geral. É que a motivação do descortino do mundo dos direitos evidentes foi exatamente a morosidade dos procedimentos em face da evidência. Logo, de nada adiantaria permitir a tutela antecipatória da evidência sem o acompanhamento de instrumental realizador. Sugeriram-se alhures para a tutela de segurança todos os meios capazes de substituir o demandado na realizabilidade prática da ordem.

O mesmo se apregoa quanto à tutela da evidência. Satisfaz-se, ordena-se e realiza-se o direito evidente do vencedor através dos meios executivos e se necessário da *contempt of court* nacionalizada. A natureza "ordenatória" da tutela antecipada permite se considere "atentado à dignidade da justiça" ou desprezo pelo tribunal, o descumprimento de nossas *injunctions*.⁴⁸

Essa imediatidade da realização do provimento indica que estamos no plano da execução, da satisfação com base em decisão ainda passível de recurso. Ora, essa satisfatividade afina-se com a idéia de execução definitiva, aquela que no plano prático confere *in natura* o que o exequiente obteria se a obrigação tivesse cumprimento integral.

Entretanto, essa execução difere daquela prevista pela lei para as decisões ainda sujeitas a recurso, como previsto no art. 520 do Código de Processo Civil. Isto porque, o procedimento ordinário é inerente às

⁴⁷ Minuciosas informações com detalhes ideológicos antecedentes e do procedimento encontra-se no autor mexicano Oscar Rabasa, em *El derecho angloamericano*, 1944.

⁴⁸ A respeito da adoção de modelo de *contempt* pelos países da *civil law*, consulte-se Taruffo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, p. 146. No mesmo grau de importância doutrinária, porém mais extensa, a obra de Adolfo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, 1974.

incertezas" e não às "evidências". A própria execução de ambos é diferente. A de evidência se "efetiva", a de incerteza se "define" e se realiza. A realização desta subsume-se, necessariamente, ao duplo grau, para ter eficácia prática, ao passo que a primeira, cumpre-se após um pronunciamento lavrado sob os auspícios da coerção que timbra os atos de soberania. Aliás, não poderia ser diferente a atuação judicial diante de um "direito líquido e certo".

SÍNTESE CONCLUSIVA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Concluindo, poder-se-ia afirmar que a "tutela da evidência", através da sumarização formal, está encartada na garantia constitucional do acesso à justiça mediante "tutela adequada e processo devido", mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios, velando pela manutenção do interesse de prosseguir o processo na busca da verdade, dispensando esse prolongamento desnecessário, à luz da efetividade, toda vez que verifique que o "direito evidente" reclama provimento imediato.

Sob outro ângulo, entrever a possibilidade da tutela da evidência é interpretar as regras processuais com seu cunho nitidamente instrumental, indissociavelmente ligadas ao direito material que se pretende aplicável à questão subjudice. Enfim, a tutela da evidência é regra *in procedendo* para o aplicador do direito que não está atrelado assim à "lógica formal" mas antes à percepção dos fatores lógicos, axiológicos e éticos que antecedem essa operação de aplicação jurisdicional do direito.⁴⁹

⁴⁹ Miguel Reale, em *Direito como experiência*, em passagem repisada nas *Noções Preliminares de direito*, pp. 297-8, assentou que "as doutrinas jurídicas mais atuais, como a teoria tridimensional da da concreção jurídica de Karl Engisch, Josef Esser, Karl Larenz, o experiencialismo de Wendel Holmes ou Roscoe Pound, o neo-realismo norte-americano, teoria egológica de Carlos Cossio, o rácio-vitalismo de Recaséns Siches, a teoria da argumentação de Perelman, ou a compreensão integral do direito de Luigi Bagolini ou de Tulio Ascarelli, demonstram à saciedade, que a aplicação do direito não se reduz a uma questão de lógica formal. O ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, senão um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas" (p. 298).